



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.387.888 - SP (2011/0026537-1)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : DAVIS EKENE OZOEMELA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA
UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ARTS. 33, *CAPUT*, E 40, I E VII, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. COCAÍNA. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA DISPOSTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM DECORRÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS, DA QUANTIDADE E DA QUALIDADE DA DROGA. ACÓRDÃO A *QUO* FIRMADO EM MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Em relação à dosimetria das penas, no tráfico de drogas, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena-base a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza, a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende, na fixação da dosimetria da pena – nos delitos de tráfico de entorpecentes –, ser adequada a imposição da pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza e da quantidade da droga, no caso 1,982 Kg de cocaína, com destino a Madri, Espanha (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

3. A atenuante da confissão espontânea – art. 65, III, *d*, do Código Penal – abrandou a pena em seis meses, não tendo o agravante demonstrado, de forma clara, em que o julgado estaria a infringir o aludido dispositivo legal.

4. A dosimetria firmada na origem detém fundamentação suficiente para sua manutenção, sendo desarrazoada a reforma na instância especial, não tendo o agravante demonstrado em que consistiu a violação da matéria infraconstitucional disposta no seu recurso.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.387.888 - SP (2011/0026537-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto por **Davis Ekene Ozoemela** contra decisão que negou provimento a seu agravo regimental, cuja ementa merece transcrição (fl. 475):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ARTS. 33, *CAPUT*, E 40, I E VII, AMBOS DO LEI N. 11.343/2006. COCAÍNA. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA DISPOSTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM DECORRÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS E DA QUANTIDADE E DA QUALIDADE DA DROGA. ACÓRDÃO A *QUO* FIRMADO EM MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

Agravo de instrumento não provido.

Do agravo regimental são extraídas as seguintes proposições (fls. 492/504):

a) a pena-base do agravante deve ser diminuída porque *a natureza e quantidade da droga apreendida – 1,982 Kg de cocaína – não impressionam e não constituem circunstância especialmente graves, a ponto de autorizarem a exasperação da pena-base* (fl. 492);

b) a fundamentação utilizada na exasperação da pena-base do agravante *não é idônea* (fl. 496);

c) o *decisum* agravado violou os arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal;

d) pela via do *habeas corpus de ofício* impõe-se a *fixação da causa de aumento prevista no art. 40 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo de 1/6* (fl. 499);

e) o agravante não se dedica nem se dedicou a atividades criminosas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao contrário do determinado na decisão agravada;

f) a decisão agravada violou o art. 5º, LVII, da Constituição da República, pois não observou o princípio da presunção de inocência do agravante;

g) inaplicável a Súmula 7/STJ;

h) segundo o agravante, a confissão espontânea, reconhecida pelo acórdão *a quo*, só reduziu a pena imposta em seis meses, sendo que o percentual adequado seria de 1/6 (fls. 492/504).

Requer, o agravante, a reforma da decisão agravada.

Dispensou-se a oitiva da parte contrária.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.387.888 - SP (2011/0026537-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR(RELATOR): O agravo regimental não merece provimento.

Ab initio, quanto à suposta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, não assiste razão à parte agravante.

Com efeito, ressalto que a majoração da pena-base do agravante se deu em consideração às circunstâncias objetivas e subjetivas dispostas nos autos, melhor dizendo, observa-se que as instâncias ordinárias, quando da análise das circunstâncias judiciais, consideraram desfavoráveis à parte ré especialmente a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim determina:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (grifo nosso).

Em outras palavras, as instâncias de origem, ao estabelecerem a pena-base da parte agravante acima do mínimo legalmente previsto destacaram que **foram apreendidos 1,982 Kg (um quilo, novecentos e oitenta e três gramas) de cocaína e em função do papel relevante do réu na empreitada delitiva (financiador e garante), in verbis** (fls. 307/308 – grifo nosso):

[...]

A pena-base relativamente ao acusado DAVIS EKENE OZOEMELA foi fixada em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, em função da natureza da droga - consoante assentado na sentença: "*trata-se de tráfico de cocaína, substância entorpecente de elevado potencial lucrativo no exterior e conseqüências deletérias diante do alto poder tóxico para a saúde pública no consumo disseminado*" - da quantidade, que atingiu **aproximadamente 02 Kg (dois quilogramas)**, e **pela função exercida pelo acusado**, a qual exigia maior confiança, *'pois que tinha a posse de valores monetários para fazer frente às despesas do tráfico de entorpecentes e exerceu vigilância sobre a co-ré, assegurando que a droga chegasse ao seu destino'*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De acordo com o artigo 42, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade ou substância do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Assim, razoável estabelecer a pena-base acima do mínimo legal frente à considerável quantidade de droga apreendida - aproximadamente 2 Kg (dois quilogramas) - e diante seu elevado grau de nocividade para a saúde pública. No meu juízo, tais circunstâncias, por si só, já justificam a fixação da pena-base no patamar de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Todavia, não pode subsistir o agravamento da reprimenda, ainda na primeira fase da dosimetria, sob o argumento de que o agente tinha a posse de valores para fazer frente às despesas do tráfico, tendo em vista que a circunstância configura a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VII, da Lei nº 11.343/06. Assim, a fim de evitar a ocorrência de bis in idem, afasto o referido critério como hipótese de majoração da pena-base.

Por outro lado, conforme acertadamente ponderou o magistrado sentenciante, a reprimenda também merece ser agravada em virtude da vigilância exercida pelo acusado sobre JÉSSICA TINKLER, o que denota certo poder de controle sobre a situação e sobre os atos da "mula". Em vista disso, fica a pena-base majorada para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

[...]

Assim sendo, as instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar a alegada negativa de vigência de legislação federal, no caso.

Por conseguinte, inexistente, *in casu*, *reformatio in pejus* ou decisão *ultra petita* – principalmente porque o Tribunal de origem se ateve à pretensão contida na apelação ministerial, valendo-se exclusivamente de argumentos eminentemente jurídicos para firmar a dosimetria da pena –, consequentemente a pena-base fixada na origem **não** merece reforma.

Igualmente, da leitura do acórdão *a quo* e segundo argumentos dispostos no recurso especial, nota-se que a tese aludida pelo agravante – *acerca da causa de aumento do art. 40, VII, da Lei n. 11.343/2006 não se aplicar ao delito do art. 33, caput, da mesma Lei em razão de tipo específico contido no art. 36 da Lei em comento* – não foi suscitada, tampouco apreciada pelo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

local, razão pela qual ausente o necessário prequestionamento. Assim, incide no caso o disposto nas Súmulas 282 e 356/STF.

Acrescente-se que a temática controvertida não foi discutida no Tribunal *a quo*, inclusive porque também não foi objeto de oposição de embargos de declaração na origem, a provocar, outrossim, a aplicação da Súmula 211/STJ.

A corroborar, julgado da Sexta Turma: AgRg no REsp n. 984.580/PR, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 3/8/2009.

Outro ponto nodal da insurgência recursal versa sobre o limitado *quantum* adotado pelo acórdão *a quo* na dosimetria da pena, qual seja, redução da pena em seis meses, em decorrência do reconhecimento da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP).

Todavia, sobre esse aspecto, não assiste razão ao agravante, pois o Superior Tribunal considera que o legislador não previu *percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto* (HC n. 220.526/CE, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/2/2014).

Inclusive, frise-se que a atenuante da confissão espontânea – art. 65, III, *d*, do Código Penal – abrandou a pena em seis meses, não tendo o agravante demonstrado, de forma clara, em que o julgado estaria a infringir o aludido dispositivo legal.

Ademais, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias – acerca do *quantum* de redução de pena do art. 65, III, *a*, do Código Penal –, na forma pretendida pelo ora agravante, implica necessariamente incursão no conjunto probatório dos autos, revelando-se inadequada a análise da pretensão recursal, em função do óbice da Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sentido inverso à pretensão do agravante, da atenta leitura dos autos concluo que o Tribunal de origem, em acórdão **adequadamente** fundamentado – ao considerar que o réu se dedicava a atividade criminosa –, afastou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 298/315).

Nesse contexto, a revisão do entendimento exarado pelo acórdão *a quo* implica, necessariamente, o revolvimento fático-probatório contido nos autos, providência indevida na via especial, em decorrência da incidência da Súmula 7/STJ.

Diante disso, não merece reforma o acórdão *a quo*.

Portanto o agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

Em face do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0026537-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no 1.387.888 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200861810045631 201003000386513 386513320104030000 45632120084036181

EM MESA

JULGADO: 01/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DAVIS EKENE OZOEMELA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : JÉSSICA TINKLER (PRESA)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DAVIS EKENE OZOEMELA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.